



# Das Schweizerische Bundesgericht: ein unmögliches Ding?

Zur Geschichte der Schweizer Justiz im  
Spannungsfeld von Recht und Politik

von  
**Prof. Dr. Michele Luminati**

# Inhalts- verzeichnis

|                                                                                |           |
|--------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1. Einleitung: Richter:in werden</b>                                        | <b>3</b>  |
| <b>2. Der GRECO-Bericht und die Reaktionen</b>                                 | <b>4</b>  |
| <b>3. Rechtsstaat und Demokratie</b>                                           | <b>5</b>  |
| <b>4. Die Anfänge: Die Schaffung des Bundesgerichts 1848</b>                   | <b>5</b>  |
| <b>5. Die geltenden verfassungsrechtlichen Grundlagen</b>                      | <b>6</b>  |
| <b>6. Faktische und formelle Bedingungen für die Richterwahl</b>               | <b>7</b>  |
| 6.1 Juristische Qualifikation                                                  | 7         |
| 6.2 Parteizugehörigkeit                                                        | 7         |
| 6.3 Altersbegrenzung                                                           | 9         |
| 6.4 Verfahren der Gerichtskommission (GK)                                      | 9         |
| <b>7. Die Vorbereitung der Richterwahlen: eine Blackbox</b>                    | <b>9</b>  |
| 7.1 Erste Formalisierungsversuche ab 1983                                      | 9         |
| 7.2 Die Gerichtskommission (GK)                                                | 10        |
| <b>8. Die Entwicklung der Verfahrensbestimmungen für die Bundesrichterwahl</b> | <b>11</b> |
| <b>9. Empirische Wahlanalysen</b>                                              | <b>12</b> |
| 9.1 Erstwahlen                                                                 | 12        |
| 9.2 Kampfwahlen                                                                | 12        |
| 9.3 Denkmittel                                                                 | 12        |
| <b>10. Professionalisierung und Autonomisierung der Richterschaft</b>          | <b>13</b> |
| <b>11. Wie soll es weitergehen?</b>                                            | <b>14</b> |

Das Schweizerische Bundesgericht:  
ein unmögliches Ding?

WP-IJF 2024/02

[www.institut-justizforschung.ch](http://www.institut-justizforschung.ch)

DOI 10.5281/zenodo.13134257

Creative Commons – Namensnennung –  
Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0  
International (CC BY-NC-ND 4.0)

# 1. Einleitung: Richter:in werden<sup>1</sup>

Nehmen wir an, dass Sie eine an der Universität Basel erfolgreich promovierte Juristin sind. Sie haben danach Ihr Anwaltspraktikum in einer renommierten Basler Kanzlei absolviert und auch die Anwaltsprüfung glanzvoll bestanden. Ihr Berufstraum ist es allerdings, Richterin zu werden. Sie erfahren, dass in Basel gerade die Richterwahlen anstehen, denn in der Schweiz werden Richterinnen und Richter gewählt, vom Volk oder vom Kantonsparlament, auf Bundesebene von der Vereinigten Bundesversammlung, also von den beiden Parlamentskammern.

Damit Sie als Richterin gewählt werden, müssen Sie allerdings einer politischen Partei beitreten, die Ihre Kandidatur unterstützt. Denn in Basel, wie auch in allen anderen Kantonen (und auch auf Bundesebene), werden die Richterstellen nach Parteienproporz besetzt. Das heisst, dass die Verteilung der Richtersitze nach der Parteienstärke im Parlament erfolgt. Wenn Sie also die Richterkarriere anstreben, müssen Sie einer Partei beitreten oder zumindest sich als deren Sympathisantin deklarieren.

Sie sind politisch gemässigt-progressiv, haben bei den letzten Parlamentswahlen «grünliberal» gewählt, sind aber nicht Parteimitglied, und bei Sachabstimmungen folgen Sie häufig den Empfehlungen der gemässigten Grünliberalen. Sie möchten nun erstinstanzliche Richterin in Basel werden und müssen dafür eine politische Partei finden. Sie bringen in Erfahrung, dass im Moment die SVP, also die – sagen wir mal – rechtskonservative Partei, über die meisten Richterstellen verfügt und Schwierigkeiten hat, gute Juristinnen zu rekrutieren.

Sie haben nun verschiedene Möglichkeiten: Sie können freilich auf die Richterkarriere verzichten, falls Sie sich nicht politisch festlegen wollen; Sie können es als parteilose Kandidatin versuchen (mit entsprechend geringen Erfolgsaussichten, da sich die Parteien in der Regel bereits im Vorfeld über die Sitzver-

teilung geeinigt haben) oder Sie treten eben der SVP bei. Sie kontaktieren die Parteileitung der SVP, die sich an Ihrer Kandidatur interessiert zeigt. Es folgen einige Treffen und schliesslich beschliessen Sie, der SVP beizutreten.

Sie werden glanzvoll gewählt und bereits nach einer Amtszeit (denn in der Schweiz sind alle Richterstellen auf 4–6 Jahre befristet; Wiederwahl möglich bzw. üblich) werden Sie ins Appellationsgericht (2. Instanz) gewählt. Sie kommen in die Strafkammer und gelten als gemässigte Richterin, die gerade bei ausländischen Straftätern häufig für eher milde Urteile sorgt. Das erzeugt einen gewissen Unmut bei der Parteileitung, die im Hinblick auf Ihre Wiederwahl eine der Parteipolitik treuere Haltung fordert. Da Sie aber eine hervorragende Juristin sind, werden Sie problemlos wiedergewählt, unter anderem auch, weil Sie die Unterstützung der anderen Parteien geniessen.

Etwas habe ich noch vergessen: Seit Ihrer Wahl ins Gericht liefern Sie ca. 3% Ihres Jahresgehalts der Partei ab. Alle Parteien verlangen von ihren Richterinnen und Richtern die Abgabe einer sogenannten Mandatssteuer, wobei die höchsten Prozentsätze von den Grünen (6%) gefordert werden. Die Parteifinanzierung in der Schweiz erfolgt zu einem nicht unbeträchtlichen Teil darüber.

Nun tritt am Bundesgericht ein SVP-Richter zurück und weil gemäss Parteienproporz dieser Sitz weiterhin der SVP zusteht, reichen Sie Ihre Kandidatur ein. Sie werden von der parlamentarischen Gerichtskommission zu einem Gespräch eingeladen (bei dem auch über Ihre politische Haltung gesprochen wird) und zur Wahl empfohlen. Die SVP-Fraktion diskutiert Ihre Kandidatur kontrovers, stimmt aber dann mehrheitlich zu. Ihre Wahl ins Bundesgericht erfolgt problemlos. Am Bundesgericht zeigt sich, dass Sie eine Rechtsprechungsline verfolgen, die immer weniger mit der SVP-Politik vereinbar ist (und auch von anderen SVP-Richter:innen kritisiert wird). Die Parteileitung bittet Sie zu Gesprächen nach Bern, Sie gehen nicht hin. Bei Ihrer Wiederwahl entscheidet die SVP-Fraktion, Sie nicht mehr zu unterstützen; Sie werden mit einem knappen Ergebnis dennoch wiedergewählt, dank der Unterstützung durch die anderen Fraktionen. Als Sie für das Präsidium des Bundesgerichts vorgeschlagen werden, beschliessen Sie, die SVP zu verlassen, und werden, als Parteilose, ohne die Stimmen der SVP gewählt.

<sup>1</sup> Fassung des am 17. Oktober 2023 vor der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe gehaltenen Vortrags. Der Vortragsstil wurde beibehalten. Der Text erscheint auch im Jahresband 2022/2023 der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe (im Druck).

Letzteres hat sich kürzlich zugetragen, als im Dezember 2022 der aus der SVP zurückgetretene Bundesrichter Yves Donzallaz, zum ersten Mal in der 175-jährigen Geschichte des Bundesstaates, als Parteiloser zum Bundesgerichtspräsidenten gewählt worden ist.<sup>2</sup>

Was ist mit der Schweiz los: Ist die Schweiz eine Bananenrepublik? Ist das Land der direkten Demokratie korrupt und verfilzt? Ist die richterliche Unabhängigkeit ein Märchen?

## 2. Der GRECO-Bericht und die Reaktionen

Nicht so drastisch, aber doch sehr kritisch gegenüber diesen helvetischen Gepflogenheiten hat sich in den letzten Jahren wiederholt die Gruppe der Staaten gegen die Korruption (GRECO) des Europarats geäußert. Zuletzt im Mai dieses Jahres hat die GRECO die Schweiz aufgefordert, ihr Justizwesen zu reformieren, um die richterliche Unabhängigkeit besser zu gewährleisten. Der Evaluationsbericht der GRECO, veröffentlicht im März 2017, beinhaltet u.a. folgende Empfehlungen:

«Empfehlung 6: Die GRECO hatte Maßnahmen empfohlen, um die Qualität und Objektivität der Rekrutierung der Richter an den eidgenössischen Gerichten zu steigern und stärker zu gewichten.

Empfehlung 7: Die GRECO hatte empfohlen, (i) die Praxis aufzugeben, wonach Richter der eidgenössischen Gerichte einen fixen oder prozentualen Anteil ihres Gehalts den politischen Parteien abgeben; (ii) dafür zu sorgen, dass die Bundesversammlung die Nichtwiederwahl von Richtern der eidgenössischen Gerichte nicht mit den von diesen gefällten Entscheidungen begründet; (iii) die Änderung oder Aufhebung des Wiederwahlverfahrens für diese Richter durch die Bundesversammlung zu prüfen.

Empfehlung 8: «Die GRECO hatte empfohlen, (i) Standesregeln für die Richter der eidgenössischen Gerichte

zu entwickeln und mit erläuternden Kommentaren und/oder konkreten Beispielen zu ergänzen, die insbesondere Interessenkonflikte und andere Fragen der Integrität (Geschenke, Einladungen, Beziehungen zu Dritten usw.) abdecken, und diese Regeln öffentlich bekanntzumachen; sowie (ii) zusätzliche Umsetzungsmaßnahmen zu treffen, wie namentlich eine vertrauliche Beratung und eine praktische Ausbildung für die Richter der eidgenössischen Gerichte anzubieten.»

Empfehlung 9: «Die GRECO hatte empfohlen (i) die Einführung eines Disziplinarsystems, mit dem allfällige Verstöße von Richtern der eidgenössischen Gerichte gegen ihre beruflichen Pflichten mit anderen Sanktionen als der Amtsenthebung geahndet werden können; (ii) Massnahmen zu treffen, damit verlässliche und hinreichend detaillierte Informationen und Daten über Disziplinarverfahren gegen Richter aufbewahrt werden, was auch die Veröffentlichung dieser Rechtsprechung unter Wahrung der Anonymität der Betroffenen mit einschließen kann.»<sup>3</sup>

Der damalige Bundesgerichtspräsident Ulrich Meyer kommentierte die Empfehlungen der GRECO folgendermassen:

«Was die Leute von GRECO nicht begreifen [...], ist, dass Unabhängigkeit der Gerichte durch Respekt der ersten und zweiten Staatsgewalt vor der dritten nicht vom Buchstaben von Verfassung und Gesetz abhängt, sondern eine Frage rechtlicher Gesinnung ist in Kopf, Herz und Hand derjenigen, welche im Bundeshaus zu Bern die Geschicke des Landes bestimmen, und – ebenso wichtig – eine Frage des vorhandenen, fortwährenden Vertrauens der Bevölkerung in die Gerichte. [...] Das gerade macht unsere gelebte Verfassungswirklichkeit aus. Das ist Rechtsstaat schweizerischer Prägung, eine nicht dogmatische, nicht politische, schon gar nicht parteipolitische, sondern in allererster Linie rechtskulturelle, dem Recht verpflichtete Haltung, welche in Angelegenheiten der Justiz die Praxis der Verfassungsorgane, Bundesversammlung, Bundesrat und

<sup>2</sup> <https://www.srf.ch/news/schweiz/zwei-jahre-hoehster-richter-yves-donzallaz-praesidiert-neu-das-bundesgericht>.

<sup>3</sup> GRECO, Vierte Evaluationsrunde. Prävention von Korruption bei Mitgliedern von Parlamenten, Gerichten und Staatsanwaltschaften. Nachtrag zum zweiten Konformitätsbericht Schweiz, GrecoRC4(2022)23, verabschiedet am 2. Dezember 2022, veröffentlicht am 11. Mai 2023, S. 5–8, <https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680ab2e39>.

Bundesgericht prägt. Diese Dinge sind in unserem Lande in Ordnung.»<sup>4</sup>

Nicht in Ordnung fanden allerdings die Situation andere Bundesrichter, wie Niccolò Raselli, der die Abschaffung der Wiederwahl verlangte, denn das bestehende Wahlsystem würde von den politischen Parteien missbraucht, um die Richter:innen unter Druck zu setzen:

«Ziel solcher Drohgebärden ist, dass beim nächsten heiklen Entscheid bei den Richtern und Richterinnen im Entscheidungsprozess nicht nur Recht, Gerechtigkeit und persönliches Gewissen zum Tragen kommen, sondern auch der Druck der Partei gegenwärtig ist. Darin liegt die Problematik des Wiederwahlsystems. Das wird verkannt, wenn mit Blick auf die fast ausnahmslose Wiederwahl der Richter von einer faktischen Unabhängigkeit gesprochen wird.»<sup>5</sup>

Wie steht es also mit der Schweizer Justiz? Ich möchte versuchen, Ihnen die Eigentümlichkeiten der Schweizer Justiz näherzubringen durch eine vertiefte rechtshistorische und rechtstatsächliche Analyse, mit besonderem Augenmerk auf das Bundesgericht. Dabei werde ich mich auf die Verfahren und die Praxis der Richterwahlen, das Verhältnis von Justiz und Parteipolitik sowie auf die Professionalisierung und Autonomisierung der Richterschaft konzentrieren.

### 3. Rechtsstaat und Demokratie

Was bereits bei der Gegenüberstellung der GRECO-Empfehlungen mit der Aussage von Bundesgerichtspräsident Meyer manifest wird, ist die unterschiedliche Auffassung von Rechtsstaat bzw. das Spannungsverhältnis zwischen Rechtsstaat und Demokratie.

Verfassungshistorisch ist die Entwicklung des schweizerischen Bundesstaates und damit auch das

Verhältnis zwischen den Staatsgewalten vom Modell des Primats der Volksvertretung geprägt. Dazu gehören auch das «republikanische Misstrauen»<sup>6</sup> gegenüber Eliten und – in Bezug auf das Justizwesen – das Spannungsverhältnis zwischen Laien und gelehrten Juristen. Clausdieter Schott hat bereits vor einigen Jahren auf dieses helvetische «Unbehagen an den eigenen Richtern»<sup>7</sup> aufmerksam gemacht.

Das staatspolitische Urvertrauen in der Schweiz gehört also «dem Parlament als der ersten Volksrepräsentation, zumindest gehörte es bei den massgeblichen Verfassungsgebungen im 19. Jahrhundert diesem Organ, sicher nicht der Justiz»<sup>8</sup>. Das schweizerische Verständnis der richterlichen Unabhängigkeit und eben die Richterwahlen sind davon geprägt.

### 4. Die Anfänge: Die Schaffung des Bundesgerichts 1848

Das Bundesgericht wurde vor 175 Jahren im Rahmen der Schaffung des Schweizerischen Bundesstaates zunächst als nichtständiges Gericht eingerichtet.<sup>9</sup> In den Debatten der verfassungsgebenden Kommission gab es dazu praktisch keine Diskussionen.<sup>10</sup> Dem Gericht wurden nur sehr beschränkte zivil- und strafrechtliche Kompetenzen zugewiesen. Strafrechtlich war es als Bundesassise (Geschworenengericht) für Delikte gegen die Eidgenossenschaft und politische Straftaten wie Hochverrat zuständig. Die gesamte

<sup>4</sup> Ulrich Meyer, «Grundvoraussetzungen richterlicher Tätigkeit», in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 155/2019, S. 217 ff. (Hervorhebungen im Original).

<sup>5</sup> Niccolò Raselli, «Bemerkungen zum Evaluationsbericht GRECO 2016/17», in: Justice – Justiz – Giustizia 2017/2, Rz. 7.

<sup>6</sup> So Urs Altermatt, Die Schweizer Bundesräte. Ein biographisches Lexikon, Zürich/München 1991, S. 13.

<sup>7</sup> Clausdieter Schott, «Fremde Richter – fremde Gerichte. Tradition oder Missverständnis?», in: Neue Zürcher Zeitung, Nr. 224, 26./27. September 1992, S. 25; Zur historischen Vertiefung vgl. ders., Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldele..., in: Karl Kroeschell (Hrsg.), Gerichtslauben-Vorträge. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme. Sigmaringen 1983, S. 17–45; ders., Die Eidgenossen vor dem Reichskammergericht, in: Gerhard Lingelbach / Heiner Lück (Hrsg.), Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung. Rolf Lieberwirth zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M. 1991, S. 79–93.

<sup>8</sup> Kurt Eichenberger, Sonderheiten und Schwierigkeiten der richterlichen Unabhängigkeit in der Schweiz, in: Richard Frank (Hrsg.), Unabhängigkeit und Bindung des Richters in der BRD, in Österreich und in der Schweiz, Basel 1990, 2. Aufl. 1997, S. 65.

<sup>9</sup> Vgl. Ernst Brand, Eidgenössische Gerichtsbarkeit, 3 Bde, Bern 1952–1962; Goran Seferovic, Das schweizerische Bundesgericht 1848–1874. Die Bundesgerichtsbarkeit im frühen Bundesstaat, Diss., Zürich 2010.

<sup>10</sup> Rolf Holenstein, Stunde Null. Die Neuerfindung der Schweiz im Jahr 1848. Die Privatprotokolle und Geheimberichte der Erfinder, Basel 2018.

staatsrechtliche Rechtsprechung war dem Bundesrat und der Bundesversammlung vorbehalten. In diesem Rumpfgericht sassen elf von der Bundesversammlung auf drei Jahre gewählte nebenamtliche Richter, die meistens auch aus der Bundesversammlung stammten. Eine einzige Verfassungsbestimmung regelte die Bedingungen für die Wählbarkeit ins Bundesgericht: Wählbar war jeder Schweizerbürger, der mindestens 20 Jahre alt, stimmberechtigt und nicht geistlichen Standes war und in seinem Heimatkanton das Aktivbürgerrecht besass. Eine juristische Ausbildung wurde nicht verlangt. Daran hat sich bis heute nichts geändert.

Das erste Bundesgericht war also von den anderen politischen Behörden in personeller Hinsicht wie auch bezüglich Wahlmodalitäten nicht zu unterscheiden. Bis 1874 durften Bundesrichter weiterhin ihre Mitgliedschaft im National- oder Ständerat beibehalten, manche sogar in kantonalen Regierungen. Das Amt des Bundesrichters gehörte somit zu den möglichen «Posten» einer eidgenössischen politischen Karriere.

Mit der Verfassungsrevision von 1874 wurde das Bundesgericht als ständiges Organ mit Sitz in Lausanne etabliert. Seitdem gilt eine vollkommene personelle Gewaltentrennung. Das erste Bundesgericht wurde schon damals als schwache und «politisch» besetzte Institution betrachtet. So bezeichnete der damals führende konservative Politiker (und Jurist) Philipp Anton von Segesser das Bundesgericht als «ein fast undefinierbares Ding»<sup>11</sup>.

Politisch besetzt war es in der Tat: Von den 38 zwischen 1848 und 1874 amtierenden Richtern sassen bis auf fünf alle im eidgenössischen Parlament.<sup>12</sup> Für viele stellte das Richteramt auch nicht den Karrierehöhepunkt dar: Fünf davon wurden danach

sogar Bundesräte. Die Besetzung der höchsten Richterstellen mit prominenten (mehrheitlich auch juristisch geschulten) liberalen Politikern, die daraus resultierende starke Homogenität mit der eidgenössischen Führungselite und die stetige personelle Osmose zwischen den Staatsgewalten verhinderten institutionelle Konflikte und gewährleisteten zugleich – gerade im Vergleich zu einem verbeamteten und hierarchisch aufgebauten Justizapparat – die Unabhängigkeit der Gerichtsmitglieder.

Als Institution schwach, war das erste Bundesgericht aber personell stark, denn gerade die Herkunft der Richter aus der höchsten politischen Elite machte sie weitgehend unempfindlich für Pressionen. Dieses Phänomen steht in einer auffallenden Parallele zu den Anfängen der italienischen Justiz.<sup>13</sup> Während aber im italienischen Nationalstaat der Übergang zu einer sogenannten unpolitischen, technisch-bürokratisch geprägten Magistratur bereits um 1900 stattgefunden hatte, vollzog sich diese Ausdifferenzierung auf helvetischem Boden langsamer und unvollständiger.

## 5. Die geltenden verfassungsrechtlichen Grundlagen

Auf verfassungsrechtlicher Ebene lassen sich die bis heute massgeblichen organisationsrechtlichen Bestimmungen rasch zusammenfassen. Zunächst fällt auf, dass, wie bereits erwähnt, für die Wahl ans Bundesgericht die verfassungsmässigen Voraussetzungen seit 1848 gleich geblieben sind.<sup>14</sup> Verlangt wird lediglich die Stimmberechtigung. Die bedeutendste Ausweitung erfolgte 1971 durch die Einführung des Frauenstimmrechts; 1974 wurde dann die erste Bundesrichterin gewählt.

<sup>11</sup> Philipp Anton von Segesser, Sammlung kleiner Schriften, Bd. 3, Bern 1877, S. 241; Weitere Hinweise bei Brand (wie Anm. 9), Bd. 3, S. 60 ff.

<sup>12</sup> Die biographischen Angaben sind, wenn nichts anderes erwähnt wird, der prosopographischen Datenbank entnommen, die im Rahmen des langfristigen Forschungsprojekts zur Geschichte des Bundesgerichts und zu einem Bundesrichterlexikon entstanden ist. Vgl. dazu Michele Luminati, Ges(ch)ichtslose Justiz? – Prolegomena zur Justizgeschichte des Schweizerischen Bundesstaates, in: Marcel Senn / Claudio Soliva (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Interdisziplinarität. Festschrift für Claus Dieter Schott zum 65. Geburtstag, Bern et al. 2001, S. 339 ff.; ders., Die Gesichter der Justiz – Das schweizerische Bundesgericht als Gegenstand interdisziplinärer Forschung, in: Paolo Becchi / Christoph-Beat Graber / Michele Luminati (Hrsg.), Interdisziplinäre Wege in der juristischen Grundlagenforschung, Zürich 2007, S. 183 ff.

<sup>13</sup> Dazu immer noch grundlegend Pietro Saraceno, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione*, Rom 1979.

<sup>14</sup> BV 1848, Art. 97: In das Bundesgericht kann jeder Schweizerbürger ernannt werden, der in den Nationalrath wählbar ist; BV 1874, Art. 108: In das Bundesgericht kann jeder Schweizer Bürger ernannt werden, der in den Nationalrat wählbar ist; BV 1999, Art. 143: In den Nationalrat, in den Bundesrat und in das Bundesgericht sind alle Stimmberechtigten wählbar.

Die richterliche Unabhängigkeit ist in der geltenden Bundesverfassung in Art. 191c (i.V.m. Art. 30 Abs. 1 BV) verankert.<sup>15</sup> Art. 191c BV ist das Ergebnis einer längeren Diskussion, wurde erst im Rahmen der Justizreform 2000 eingeführt und ist seit dem 1. Januar 2007 in Kraft.<sup>16</sup> Davor beinhaltete die Bundesverfassung keine ausdrückliche Garantie der richterlichen Unabhängigkeit, sondern lediglich das Recht auf den verfassungsmässigen Richter (Art. 58 Abs. 1 aBV). Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit «galt aber stets als ungeschriebenes Verfassungsrecht und nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Teilgehalt von Art. 58 aBV.»<sup>17</sup> Der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit wird auch im Bundesgerichtsgesetz (BGG) in Art. 2 wiederholt.<sup>18</sup> In der Verfassung finden sich schliesslich noch die Bestimmungen zur Unvereinbarkeit (Art. 144 BV) und zur Amtsdauer (Art. 145 BV).<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Art. 191c BV: Die richterlichen Behörden sind in ihrer rechtsprechenden Tätigkeit unabhängig und nur dem Recht verpflichtet; Art. 30 Abs. 1 BV: Jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, hat Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmeorgane sind unterstellt. Dazu Johannes Reich, in: Bernhard Waldmann / Eva Maria Belser / Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 191c N 10; Benjamin Schindler / Ruben Schuler / Damian Wyss, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023, Art. 191c N 1 ff.

<sup>16</sup> Vgl. Arthur Aeschlimann, «Justizreform 2000 – Das Bundesgericht und sein Gesetz», in: Justice – Justiz – Giustizia 2007/4.

<sup>17</sup> Hans Peter Walter, Justizreform, in: Daniel Thürer / Peter Gauch (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung, Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich/Basel/Genf 2002, S. 133; Vgl. auch Heinrich Koller, in: Marcel A. Niggli et al., (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018, Art. 2 N 2.

<sup>18</sup> Vgl. dazu die entsprechenden Kommentare, etwa Karl Spühler, in: Karl Spühler et al., Bundesgerichtsgesetz (BGG): Praxiskommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2013, Art. 2 N 1; Yves Donzallaz, in: Florence Aubry Girardin et al., Commentaire de la LTF, 3. Aufl., Bern 2022, Art. 2 N 1 ff.; Koller (wie Anm. 17), Art. 2 N 1 ff.

<sup>19</sup> Art. 144 BV:

<sup>1</sup> Die Mitglieder des Nationalrates, des Ständerates, des Bundesrates sowie die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts können nicht gleichzeitig einer anderen dieser Behörden angehören.

<sup>2</sup> Die Mitglieder des Bundesrates und die vollamtlichen Richterinnen und Richter des Bundesgerichts dürfen kein anderes Amt des Bundes oder eines Kantons bekleiden und keine andere Erwerbstätigkeit ausüben.

<sup>3</sup> Das Gesetz kann weitere Unvereinbarkeiten vorsehen.

Art. 145 BV: Die Mitglieder des Nationalrates und des Bundesrates sowie die Bundeskanzlerin oder der Bundeskanzler werden auf die Dauer von vier Jahren gewählt. Für die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts beträgt die Amtsdauer sechs Jahre.

## 6. Faktische und formelle Bedingungen für die Richterwahl

Neben diesen spärlichen Verfassungsbestimmungen bestehen weitere, meist faktische Bedingungen für die Richterwahl.

### 6.1 Juristische Qualifikation

Seit 1848 hat die Bundesversammlung ausnahmslos Juristinnen und Juristen ins Bundesgericht gewählt. Die Wählbarkeitsvoraussetzung der juristischen Qualifikation ist allerdings nie in die Verfassung aufgenommen (und auch sonst nicht geregelt) worden. In den Verfassungsprotokollen zur BV 1848 sind keine Voten dazu vorhanden.<sup>20</sup> Die Besetzung des Bundesgerichts durch Juristen war damals wohl derart selbstverständlich, dass die von vielen Juristen geprägte liberale Elite es nicht für nötig hielt, eine besondere Bestimmung einzuführen. Die Begrenzung der Wählbarkeit auf Juristen wäre überdies, aus dem damaligen Staatsverständnis und dem Bekenntnis zum Milizsystem heraus, als Anmassung gegenüber der damals noch sehr starken Laienpräsenz<sup>21</sup> in der Justiz betrachtet worden.

### 6.2 Parteizugehörigkeit

Das erste Bundesgericht wurde als nichtständige Behörde konzipiert und war von den anderen politischen Behörden in personeller Hinsicht wie auch bezüglich Wahlmodalitäten nicht zu unterscheiden. Bis 1874 durften Bundesrichter weiterhin ihre Mitgliedschaft im National- oder Ständerat beibehalten, manche sogar in kantonalen Regierungen.

Mit der Verfassungsrevision von 1874 wurde die vollkommene personelle Gewaltentrennung verwirklicht (Art. 108 BV 1874, heute Art. 144 BV). An der politischen Herkunft der Bundesrichter änderte sich aber

<sup>20</sup> Hostenstein (wie Anm. 10), S. 880 f.

<sup>21</sup> Vgl. dazu Michele Luminati / Filippo Contarini, «Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand», in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 138/2019/II, S. 201 ff. und insbes. S. 223 ff.; umfassend jetzt Filippo Contarini, *Immaginare le Corti d'assise. Una storia della modernizzazione del diritto in Svizzera*, Macerata 2023.

nichts: Bis nach der Jahrhundertwende kamen die allermeisten Bundesrichter weiterhin aus der Politik. Ich nenne sie deshalb Politiker-Richter, also «Bundesrichter, die selbstverständlich über eine juristische Ausbildung verfügten und auch juristisch tätig gewesen waren, aber vor ihrer Wahl vorwiegend wichtige politische Ämter in Exekutive und/oder Legislative auf kantonaler und/oder auf Bundesebene bekleidet hatten».<sup>22</sup>

Die Zahl dieser Richter nahm zwar nach der Jahrhundertwende (u.a. auch in Zusammenhang mit der Einführung des ZGB) ab, wobei ihr Anteil an der Gesamtzahl der Bundesrichter bis in die 1950er-Jahre ca. 2/3 ausmachte. Die übrigen Bundesrichter können dem Typus des Juristen-Richters zugeordnet werden, also Richtern, die «vor ihrer Wahl ins Bundesgericht, wenn auch Mitglieder einer politischen Partei, hauptsächlich eine juristische Karriere, sei es in der Advokatur, in der Wissenschaft oder im Gerichtswesen aufzuweisen haben»<sup>23</sup>. Sie wurden freilich stets von ihrer Partei/Fraktion vorgeschlagen. An der faktischen Anforderung der Parteizugehörigkeit hält man allerdings bis heute fest. Darauf richtet sich die zunehmende Kritik, auch aus den eigenen Reihen.

Die schweizerische Staatsrechtslehre äussert sich allerdings weiterhin grundsätzlich positiv zu den politischen Richterwahlen. So betont Steinmann: «Wahlen durch Volk, Parlament oder Exekutive verschaffen demokratische Legitimation, lassen Elemente der politischen Haltung und Einstellung zu gesellschaftlichen und ethischen Fragen einfließen und bringen Einbettung in das Gefüge der Staatsgewalten und das gesellschaftliche Umfeld zum Ausdruck.»<sup>24</sup> Tschanen erachtet den politischen Einfluss auf die Richterwahlen als «nicht sachfremd»<sup>25</sup>. Der Parteiproporz sei gerechtfertigt, denn es bestehe ein Interesse an der Offenlegung der politischen Couleur der Kandidatinnen, weil es unvermeidlich sei, «dass die Haltungen der einzelnen Richter zu gesellschaftlichen und ethischen Fragen auf ihre Spruchpraxis abfärben»<sup>26</sup>.

Auch von richterlicher Seite wird mehrheitlich die parteipolitische Anbindung und der Parteienproporz als Garantie für Transparenz und Weltanschauungspluralismus im Gericht angesehen.

Eine kritischere Haltung nahm schon früh der Staatsrechtler Kurt Eichenberger ein: «Die Richterstellen werden ‚Sitze‘ politischer Parteien: sie werden im freiwilligen oder erkämpften Proporz aufgeschlüsselt und mit Parteiangehörigen besetzt.»<sup>27</sup> Dadurch werde die innere Unabhängigkeit des Richters bedrängt. Die faktische Gewissheit der Wiederwahl betrachtete Eichenberger als Folge einer «Eigenart konservativer-treuer Einstellung der Kurationsorgane»<sup>28</sup>. Allerdings sei dieser Zustand, «nur so lange erträglich, als sich der faktische Zug zur Stabilität erhält und als die für die Wiederwahlen zuständigen Kurationsorgane ihre Potenz, den Richter in enge und aktuelle Abhängigkeiten zu versetzen, nicht ausnutzen»<sup>29</sup>. Ein Systemwechsel zu längeren Amtsperioden oder zum Verzicht auf Wiederwahlen würde allerdings zur Aufgabe der «Fundierung im Volk und seiner Legitimierung im Volkswillen»<sup>30</sup> führen.

1990 konstatierte Eichenberger, mit einer gewissen Resignation und mit ironischem Unterton: «In der Präparativphase vor Wahlgängen die richterlichen Qualitäten zu entdecken und den Wahlorganen plausibel zu machen, das ist der Weisheit von ‚Weichenstellern‘ der Partei- und Fraktionsleitungen und im übrigen dem Zufall anheimgegeben. Doch stellen sich Wunder befriedigender Selektion in so grosser Zahl ein, dass entweder höhere Lenkung oder eine genuine Gabe der Eidgenossen zum Richtertum vermutet werden darf.»<sup>31</sup>

Mit der Parteizugehörigkeit verbunden ist auch das Thema der eingangs erwähnten Mandatssteuer.<sup>32</sup> Im Gefolge des GRECO-Berichtes und zunehmender Kritik von richterlicher und staatsrechtlicher Seite gab

<sup>22</sup> Luminati / Contarini, Richterbild (wie Anm. 21), S. 285.

<sup>23</sup> Ebd., S. 286.

<sup>24</sup> Gerold Steinmann, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 191c N 10; Differenzierter und kritischer äussern sich nun Schindler / Schuler / Wyss (wie Anm. 15), N 13, 19 und 24 f.

<sup>25</sup> Pierre Tschanen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021, S. 536.

<sup>26</sup> Ebd., S. 543.

<sup>27</sup> Kurt Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Habil., Bern 1960, S. 223.

<sup>28</sup> Ebd., S. 228.

<sup>29</sup> Ebd., S. 229.

<sup>30</sup> Ebd., S. 230.

<sup>31</sup> Eichenberger, Sonderheiten (wie Anm. 8), S. 82.

<sup>32</sup> Vgl. Giuliano Racioppi, «Die moderne «Paulette»: Mandatssteuern von Richterinnen und Richtern», in: Justice – Justiz – Giustizia 2017/3; Giuliano Racioppi / Claude Janiak, «Die Parteien wollen ihre Macht erhalten», Debatte über die Mandatssteuer, plädoyer 2018/1, S. 8 ff.

es immerhin einen politischen Versuch, die Mandatssteuer zu verbieten: Am 24. September 2020 reichte Nationalrat Beat Walti (FDP) eine parlamentarische Initiative ein, die ein Verbot solcher Mandatsabgaben forderte.<sup>33</sup> Mit 157:34 Stimmen wurde die Initiative vom Nationalrat am 15. März 2022 wuchtig abgelehnt.<sup>34</sup>

Von richterlicher Seite ist noch erwähnenswert, dass die gesamte Richterschaft des Kantons Jura im Herbst 2020 dem jurassischen Kantonsparlament mitgeteilt hat, dass sie zur Wahrung ihrer richterlichen Unabhängigkeit künftig keine Mandatsabgaben an ihre politischen Parteien mehr entrichten werde. Diesen Vorgang kommentierte der Generalsekretär der jurassischen CVP gemäss der Berichterstattung von SRF wie folgt: «Wenn man diese Rückerstattung an die Parteien nicht mehr zahlen will, dann muss auch das Wahlsystem auf den Tisch. Es geht nicht, dass sie einfach nicht mehr zahlen, aber sich nichts daran ändert, dass sie für die Wahlen dann doch bei uns anknöpfen.»<sup>35</sup>

## 6.3 Altersbegrenzung

Mit Art. 9 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes wurde 2007 erstmals eine Altersgrenze von 68 Jahren eingeführt. Davor gab es eine solche Altersgrenze nicht, es galt aber das ungeschriebene Agreement des Rücktritts mit 70 Jahren. Allerdings handelt es sich dabei um keine zusätzliche Wählbarkeitsvoraussetzung, denn diese werden abschliessend in Art. 143 BV geregelt.

## 6.4 Verfahren der Gerichtskommission (GK)

Auch die 2003 erfolgte Einführung der parlamentari-

schen Gerichtskommission (GK) für die Vorbereitung der Richterwahlen hat daran nichts geändert. Denn das Verfahren vor der GK ist nicht zwingend: Art. 137 Abs. 3 des Parlamentsgesetzes bestimmt nämlich, dass bei Richterwahlen in den ersten beiden Wahlgängen «alle wählbaren Personen gewählt werden» können. Das kann nur bedeuten, dass Ratsmitglieder also auch Kandidatinnen oder Kandidaten vorschlagen können, welche die formellen Wählbarkeitsvoraussetzungen erfüllen, aber am Verfahren vor der GK nicht teilgenommen haben.

## 7. Die Vorbereitung der Richterwahlen: eine Blackbox

Bis in die 1980er-Jahre herrschten gänzlich informelle Praktiken, bei denen sich in der Regel die Fraktionen im Vorfeld der Wahl auf die Kandidat:innen einigten. Die Ausmarchungen und Selektionen fanden also in den ‚Vorzimmern‘ statt und wurden nur selten offenkundig.<sup>36</sup>

### 7.1 Erste Formalisierungsversuche ab 1983

1983 taucht in den Parlamentsprotokollen eine «interfraktionelle Arbeitsgruppe» auf.<sup>37</sup> 1984 nennt sie sich «Interfraktionelles Kontaktgremium für die Vorbereitung der Bundesrichterwahlen» und bei den Bundesrichterwahlen im Oktober 1985 wird von einer «interfraktionellen Kommission» gesprochen.

Am 2. Dezember 1986 kam es im Parlament zu heftigen Auseinandersetzungen, nachdem der offizielle, also interfraktionell abgesprochene, SP-Kandidat im ersten Wahlgang gegen den SVP-Gegenkandidaten

<sup>33</sup> Parlamentarische Initiative 20.468: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20200468>.

<sup>34</sup> Amtliches Bulletin des Nationalrates, AB 2022 N 449.

<sup>35</sup> Vgl. <https://www.srf.ch/news/schweiz/pariteifinanzierung-jurassische-richter-verweigern-zahlung-der-mandatssteuern>. Mit welchem Selbstverständnis die politischen Parteien richterliche Ämter einstufen, zeigt schön die Website der Grünliberalen Partei von Basel-Stadt: Das Amt der (nebenamtlichen) Appellationsrichterin von Daniela Thurnherr, Professorin an der Universität Basel, figuriert unter der Kategorie «Politische Ämter»: [https://bs.grunliberale.ch/personen/detail~1344418c-fbc8-4fbd-8695-d6033a372656~Daniela-Thurnherr\\_Keller~](https://bs.grunliberale.ch/personen/detail~1344418c-fbc8-4fbd-8695-d6033a372656~Daniela-Thurnherr_Keller~).

<sup>36</sup> Einen interessanten Einblick in diese Praktiken liefert die immer noch leistungswerte Untersuchung von Fred LaMont Morrison, *Judicial Process in Switzerland: A Study of the Swiss Federal Court*, Diss., Princeton 1967.

<sup>37</sup> Vgl. dazu Katrin Marti, Kommentar zu Art. 40a ParlG, in: Martin Graf / Cornelia Theler / Moritz von Wyss (Hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung*, Kommentar, Basel 2014, Art. 40a N 2; Michele Luminati / Filippo Contarini, «Die Bundesrichterwahlen im Wandel: «Kampfwahlen», «Denkzettel» und andere Eigentümlichkeiten», in: *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBl)* 12/2021, S. 3 ff. und insbes. S. 12 f.

(Karl Spühler) unterlag. Nach dem Protestvotum des Vertreters der sozialdemokratischen Fraktion, der die Missachtung des Proporz bemängelte, wollte der Vertreter der FDP, Nationalrat Hans Georg Lüchinger, «zuhanden der Öffentlichkeit erklären, wie wir das vorbereiten»<sup>38</sup>. Darauf reagierte das Parlament, wie im Protokoll vermerkt, mit «Heiterkeit».<sup>39</sup> Offensichtlich stellten viele Parlamentarier:innen die Glaubwürdigkeit der Aussagen von Lüchinger über das wirkliche Funktionieren der Wahlvorbereitungen in Frage.

Als Reaktion auf diesen Konflikt sind dann 1987 die «Richtlinien für die Wahl der Mitglieder der Eidgenössischen Gerichte» entstanden.<sup>40</sup> Die grossen Fraktionen schufen eine ständige Arbeitsgruppe, die sich als «informelles Gremium» verstand und nur Kandidatinnen und Kandidaten auf ihre Eignung prüfen durfte, ohne in die Frage des Parteienproporz bei der Sitzverteilung einzugreifen. In den 1990er-Jahren forderten dann Vertreter derjenigen Parteien, die über keine Richtersitze verfügten, mehrmals die Öffnung der Arbeitsgruppe, blieben aber erfolglos.

Noch 2001, bei der nationalrätlichen Eintretensdebatte zum Parlamentsgesetz, bemängelte Cécile Bühlmann, Fraktionssprecherin der Grünen, «dass die Kommission nicht bereit war, das hinter den Kulissen des Parlamentes agierende Grüppchen Richterwahlen im neuen Gesetz zu regeln und ihm den Status eines regulären parlamentarischen Organs zu geben. Mit Händen und Füßen hat sich eine Mehrheit der Kommission dagegen gewehrt. Wie soll ich den hartnäckigen Widerstand der Kommissionsmehrheit gegen diese Regelung interpretieren, wenn nicht so, dass lieber hinter den Kulissen ‚gemischtelt‘ als transparent gehandelt und informiert werden will?»<sup>41</sup>

Die Diskussion wurde dann in Zusammenhang mit der Justizreform 2000 wieder aufgenommen. Im Rahmen dieser Reform wurden zwei neue erstinstanzliche Bundesgerichte geschaffen: Das Bundesstrafgericht und das Bundesverwaltungsgericht, die zum Teil Aufgaben bestehender eidgenössischer Rekurskommissionen übernahmen. Der Bundesrat

schlug zunächst vor, die Wahl der neuen erstinstanzlichen Bundesrichter:innen selber vorzunehmen. Die Rechtskommission des Ständerates sprach sich dagegen aus und schlug die Schaffung einer Justizkommission vor. Dagegen formierte sich Widerstand und insbesondere lehnte Ständerat Carlo Schmid (CVP) die Schaffung dieser Kommission deutlich ab: «Dieses Fachgremium von ausgezeichneten Juristen ist als ein unpolitisches Organ konzipiert. Dieses Organ wird Richter in der gleichen Art und Weise vorschlagen, wie man Universitätsprofessoren vorschlägt, nach rein fachlichen Gesichtspunkten. Ich sage Ihnen mit Bezug auf die oberste Instanz unseres Landes, das Bundesgericht: Das wäre ein Fehler. Höchste Richter sind keine unpolitischen Subsumtionsautomaten, sondern politisch in höchstem Masse mitgestaltende Akteure. Wenn Sie eine bestimmte Zusammensetzung dieser Justizkommission haben, dann werden Sie immer die gleichen Leute mit der gleichen Denkart, mit einer – ich sage es aus meiner Sicht – streng justiziellen Denkart erhalten, bei denen die Gerichtsbarkeit stets vor der Demokratie steht, die dem Verfassungsdenken mehr und entscheidenderes Gewicht beimessen werden als dem demokratischen Denken.»<sup>42</sup> Damit war die Idee einer Kommission von Experten politisch erledigt und man begnügte sich mit der Einrichtung der GK.

## 7.2 Die Gerichtskommission (GK)

Sie ist u.a. für die Wahlvorbereitung von insgesamt fast 190 haupt- und nebenamtlichen Richterinnen und Richtern zuständig. Sie setzt sich aus Mitgliedern der beiden Räte zusammen, wobei nun jede Fraktion Anspruch auf einen Sitz hat (Art. 40a Abs. 5 Parlamentsgesetz). Das formalisierte Verfahren vor der GK weist bürokratische Züge auf (öffentliche Ausschreibung, Beurteilung der Bewerbungen anhand von Dossiers, Gespräch mit Kandidatinnen und Kandidaten der engeren Wahl). Die GK hat allerdings nicht zu einer Entpolitisierung der Richterwahlen geführt, sondern lediglich zu einer stärkeren Verlagerung der parteipolitischen Auseinandersetzungen auf die Vorbereitungsphase der Wahlen.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, AB 1986 V 2114.

<sup>39</sup> Ebd.

<sup>40</sup> Vgl. Katrin Marti, «Die Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung», in: Justice – Justiz – Giustizia 2010/1.

<sup>41</sup> Amtliches Bulletin Nationalrat, AB 2001 N 1307.

<sup>42</sup> Amtliches Bulletin Ständerat, AB 2001 S 911. Dazu ausführlich Marti, Kommentar (wie Anm. 37), Art. 40a N 4 ff.

<sup>43</sup> Luminati/Contarini, Bundesrichterwahlen (wie Anm. 37), S. 19.

## 8. Die Entwicklung der Verfahrensbestimmungen für die Bundesrichterwahl

Sind die Wahlvoraussetzungen und -vorbereitungen weitgehend bis heute informell geblieben, so kann man sich fragen, ob wenigstens die Verfahrensbestimmungen für die Bundesrichterwahl normiert sind. Aber auch diesbezüglich muss ich Sie enttäuschen: Nebst dem Erfordernis des absoluten Mehrs sind seit 1848 auf Verfassungsstufe keine Regeln für die Wahl ins Bundesgericht erlassen worden. Auch in den verschiedenen Geschäftsverkehrsgesetzen der eidgenössischen Räte wurde seit 1849 auf eine spezielle Regelung des Wahlverfahrens verzichtet und lediglich auf das Geschäftsreglement des Nationalrates verwiesen. Gerade für die Wiederwahlen gab es keine klare Gesetzesvorgabe, was immer wieder zu Auseinandersetzungen im Parlament führte.<sup>44</sup>

Zu einem heftigen Konflikt kam es 1975 im Gefolge der Wahl der ersten Bundesrichterin, Margrit Bigler-Eggenberger.<sup>45</sup> Ihre Wahl war bereits von heftigen Auseinandersetzungen begleitet worden, die zu einer Motion von Nationalrat Felix Auer (FDP) und weiteren 101 unterzeichnenden Nationalräten vom 19. Juni 1975 führte. Auer schilderte die damalige Vorgehensweise folgendermassen: «Jeweils an der Fraktionssitzung am Dienstagnachmittag – ausnahmsweise eine Woche früher – wurde zwischendurch und in der Eile der Sachgeschäfte mitgeteilt, die am anderen Morgen zusammentretende Vereinigte Bundesversammlung habe eine Richterwahl vorzunehmen, die Fraktion X unterbreite die Kandidatur Y, die auf einen gemeinsamen Vorschlag der «Bundesgerichts-Parteien» übernommen werden solle. Man erfährt einige wenige Daten über den Vorgeschlagenen. Wenn's gut geht, ist er wenigstens einem der Fraktionsangehörigen persönlich bekannt und wird von diesem empfohlen. Und nur summarisch und wenig aufschlussreich sind

auch die vervielfältigten Curricula vitae, die anderentags auf die Pulte gelegt werden.»<sup>46</sup> Auer verlangte die Schaffung einer Kommission, an der möglichst alle Fraktionen hätten beteiligt sein sollen, um die Richterwahlen besser vorzubereiten. Die Mehrheit der Fraktionen sprach sich gegen eine solche Kommission aus.

Immerhin führte diese Auseinandersetzung zu einer ersten Prozeduralisierung der Bundesrichterwahlen und insbesondere der Wiederwahl in den Art. 6 ff. des neuen Reglements der Vereinigten Bundesversammlung vom 8. Dezember 1976.<sup>47</sup> Nun wurde zwischen Bestätigungswahl und Ergänzungswahl unterschieden und es wurden Regeln eingeführt, die eine Abwahl erschwerten. Gemäss Art. 7 Abs. 1 diente als Wahlzettel für die Bestätigungswahl «eine Namenliste der Amtsinhaber, die sich wieder zur Verfügung stellen, in der Reihenfolge ihres Alters. Die Wähler können Kandidaten streichen. Zusätzliche Namen bleiben unberücksichtigt.» Es fand nur ein Wahlgang statt, so dass nicht wiedergewählte Richter zu einer Ergänzungswahl antreten konnten. Wollte man einen amtierenden Richter nicht bestätigen, musste man also «etappenweise» vorgehen.

Erst 2002 mit dem Erlass des Parlamentsgesetzes sind dann die Wahlmodalitäten für die eidgenössischen Gerichte zum ersten Mal eingehend auf Gesetzesstufe geregelt worden. Die Bestimmungen von 1976 wurden in ihren Grundzügen übernommen.

## 9. Empirische Wahlanalysen

Die systematische Erhebung und Auswertung aller Wahldaten von 1848 bis heute ergibt folgendes Bild:<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Ausführlich dazu ebd.

<sup>45</sup> Zu dieser Wahl Amtliches Bulletin Bundesversammlung, AB 1974 V 1957. Margrit Bigler-Eggenberger schreibt, dass die Bestrebungen nach ihrer Wahl in Gang kamen, s. dies., Die erste Richterin am Bundesgericht: Allein unter Richtern, in: Revital Ludewig / Kathleen Weislehner / Evelyn Angehrn (Hrsg.), Zwischen Recht und Gerechtigkeit: Richterinnen im Spiegel der Zeit, Bern 2007, S. 6 f.; Vgl. auch Sonya Schmidt, Notizen zur Karriere einer Bundesrichterin, in: Kathrin Klett / Danielle Yersin (Hrsg.), Die Gleichstellung von Mann und Frau als rechtspolitischer Auftrag. Festschrift für Margrit Bigler-Eggenberger, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 355 ff.

<sup>46</sup> Amtliches Bulletin Bundesversammlung, AB 1976 V 829.

<sup>47</sup> Amtliche Sammlung des Bundesrechts, AS 1977 231.

<sup>48</sup> Die leicht angepassten Grafiken stammen aus Luminati/Contarini, Bundesrichterwahlen (wie Anm. 37).

## 9.1 Erstwahlen

Abb. 1 zeigt, wie viele Stimmen über das absolute Mehr hinaus bei der erstmaligen Wahl ins Bundesgericht erreicht wurden. Es wird dabei deutlich, dass im Parlament sehr häufig kein allgemeiner Konsens bei Richterwahlen zustande kommt. Der Konsens ist entweder breit oder knapp, wie die starken Schwankungen und der Durchschnittswert von 50% zeigen. Über die Hintergründe einer guten oder knappen Wahl ist damit freilich noch nichts gesagt.

Zwei Phasen des ausgeprägteren Konsenses stehen hervor: Die 1960/1970er-Jahre und das letzte Jahrzehnt. Die erste Phase entspricht politisch der Zeit der höchsten Konkordanz, der Zauberformel und des Wirtschaftsbooms,<sup>49</sup> während der aktuelle Trend vermutlich mit der Schaffung der GK und der damit zusammenhängenden Prozeduralisierung der Wahlvorbereitung zusammenhängt. Potentielle parteipolitische Konflikte werden im Vorfeld der parlamentarischen Richterwahl ausgetragen und nicht mehr im Plenum.

## 9.2 Kampfwahlen

Von einer Kampfwahl kann dann gesprochen werden, wenn bei Erstwahlen entweder mehrere Wahlgänge und ernsthafte Gegenkandidaturen oder bei einem einzigen Wahlgang sich die/der Gewählte mit knappem Stimmenunterschied zur/zum Zweitplatzierten durchsetzt.

Abb. 2 zeigt, dass Kampfwahlen hauptsächlich in den ersten Jahrzehnten nach 1848 stattfanden, als das Richteramt noch deutlichen politischen Charakter hatte. Allerdings sind sie danach nicht einfach verschwunden, sondern immer wieder aufgetaucht, mit Ausnahme der bereits erwähnten ‚Friedensphase‘ in den 1960/1970er-Jahren. Auch unter diesem Aspekt stellt sich die Frage nach der Rolle der GK als Ort der Ausmarchungen, so dass ‚echte‘ Kampfwahlen gar nicht mehr stattfinden (können).

<sup>49</sup> Vgl. dazu Thomas Maissen, *Geschichte der Schweiz*, 4. Aufl., Baden 2012, S. 277 ff.

## 9.3 Denkkzettel

Denkkzettelwahlen sind «bewusst knappe Wiederwahlen»<sup>50</sup>, bei denen das Parlament eine:n Bundesrichter:in «abstruft». Aus richterlicher Sicht gelten, angesichts der Tatsache, dass üblicherweise amtierende Bundesrichter:innen mit Glanzresultaten wiedergewählt werden, bereits Ergebnisse unter 75–80% der abgegebenen Stimmen als Denkkzettel (in Abb. 3 blau markiert). Solche ‚unechten‘ Denkkzettel können von einer mittelgrossen Fraktion der Bundesversammlung im Alleingang erteilt werden. Sie stellen keine wirkliche Gefährdung der Wiederwahl dar, können aber durchaus als Druckmittel gegenüber den Richter:innen dienen, vor allem wenn sie von der eigenen Partei stammen.

Wahlergebnisse, bei denen Bundesrichter:innen ganz knapp wiedergewählt wurden (also zwischen 51 und 75% der abgegebenen Stimmen, in Abb. 3 orange markiert), stellen hingegen eine echte Bedrohung dar und kommen nur zustande, wenn die Misstrauenskundgebung von mehreren Fraktionen/Parteien mitgetragen wird. Bekanntestes Beispiel dafür ist die Nicht-Wiederwahl von Bundesrichter Martin Schubarth am 5. Dezember 1990, die von politischer Seite danach als «Versehen» bezeichnet wurde.<sup>51</sup> Eine Woche später wiederholte man die Wahl und Schubarth wurde knapp wiedergewählt.

Es ist kaum überraschend, dass solche Denkkzettel gehäuft im 19. Jahrhundert vorkamen. Wie bei den Erstwahlen signalisierten sie den politischen Charakter des Amtes. Mit dem Übergang vom Politiker-Richter zum Juristen-Richter verschwanden auch die echten Denkkzettel. Dass in den letzten Jahrzehnten echte Denkkzettel eine Renaissance erlebt haben, dürfte einerseits mit der abnehmenden politischen Konkordanz, andererseits aber auch mit Veränderungen innerhalb der Richterschaft zusammenhängen.

<sup>50</sup> So Regina Kiener et al., *Verfahren der Erneuerungswahl von Richterinnen und Richtern des Bundes*. Gutachten im Auftrag der Gerichtskommission der Vereinigten Bundesversammlung. Gutachten vom 28. Januar 2008, *Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB)* 2008.26, Bern 2008, S. 368.

<sup>51</sup> Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, AB 1990 V 2520 und 2521. Zum späteren Rücktritt von Martin Schubarth vgl. Stephan Aerschmann, *Der ideale Richter. Schweizer Bundesrichter in der medialen Öffentlichkeit (1875–2010)*, Diss., Zürich 2014, S. 209 ff.

Wenn man nun in Abb. 4 die Daten zu den echten Denkkzetteln mit denjenigen der knappen Erstwahlen kombiniert, zeigt sich, dass, abgesehen von der mehrfach erwähnten Periode höchster Konkordanz der 1960/1970er-Jahre, ständig konfliktbeladene Situationen feststellbar sind. Die Formalisierungsbestrebungen setzten just dann ein, als die Friedensphase sich dem Ende zuneigte. Die Schaffung der GK und die damit zusammenhängende Vorverlagerung der parteipolitischen Auseinandersetzungen scheint zu einer Abnahme von Kampfwahlen beizutragen. Denkkzettel sind damit allerdings nicht ausgeschlossen: Man könnte sagen, dass dem Parlament ‚nur‘ noch dieses Instrument geblieben ist, um allfälliger Kritik gegenüber Bundesrichter:innen Ausdruck zu verleihen. Das ist freilich problematisch, vor allem wenn Parteitreue bzw. Urteilsschelte zum Hauptkriterium für die Stimmenabgabe avanciert.

## 10. Professionalisierung und Autonomisierung der Richterschaft

Wie bereits erwähnt, haben Veränderungen der politischen Situation (insbes. die stärkere Polarisierung der Parteienlandschaft und die damit zusammenhängenden Denkkzettel und Volksinitiativen) neuerdings zu Konflikten zwischen Justiz und Politik geführt. Auf Seiten der Richterschaft sind aber ebenfalls Veränderungen zu verzeichnen. Ein neues Richterbild ist im Entstehen: «dasjenige einer professionalisierten Richterkarriere. Dabei wählt man zu Beginn der juristischen Berufstätigkeit bewusst die Gerichtskarriere, absolviert eine entsprechende Zusatzausbildung und steigt dann in verschiedenen gerichtlichen Funktionen die Karriereleiter hinauf (oder auch nicht).»<sup>52</sup> Gegenüber dem bisherigen Richterprofil des Juristen-Richters könnte man nun von Richter-Richtern reden.

Von den aktuell amtierenden 40 Bundesrichter:innen sind 36 nach einer hauptsächlich an Gerichten oder an höheren Verwaltungsämtern verbrachten Karriere ins

Bundesgericht gewählt worden; lediglich 2 stammen aus der Advokatur und 2 aus der Rechtswissenschaft. Diese faktische Professionalisierung hängt auch mit der Formierung einer organisierten Richterschaft zusammen. Bedingt durch die föderale Struktur und das (bisherige) Fehlen einer richterlichen Beamtenkarriere, konnte sich hierzulande keine Richterzunft entwickeln. In den letzten Jahrzehnten aber lassen sich mehrere für eine Berufsorganisation typische Elemente finden: 2005 schuf die 1969 gegründete Schweizerische Richtervereinigung eine eigene Zeitschrift: Die Online-Richterzeitung Justice – Justiz – Giustizia, die sich als «Sprachrohr und ein Gefäss für die Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter und andere, kantonale Richtervereinigungen»<sup>53</sup> versteht. Als Vorbild wurde die deutsche Richterzeitschrift *Bericht Justiz* genannt. 2007 kam es dann zur Schaffung der Schweizerischen Richterakademie, eine Kooperation zwischen der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter (SWR), der Schweizerischen Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR) und einigen Rechtsfakultäten.<sup>54</sup> Mittlerweile verlangen gewisse Kantone die Absolvierung des Studiengangs der Richterakademie als Voraussetzung für eine Kandidatur. 2014 wurde schliesslich eine Ethikkommission der SRV geschaffen.<sup>55</sup>

Dass die politische Wahl keine Gewähr für eine optimale Auswahl bot, wusste man schon lange. Nun aber will man sich mit der von Eichenberger vermuteten göttlichen Lenkung nicht mehr zufrieden geben. Die Richterschaft orientiert sich dabei auch zusehends an internationalen Standards und Entwicklungen (z.B. GRECO), möchte sich von der Politik emanzipieren und die Unberechenbarkeit der politischen Wahl durch die verstärkte Formalisierung der Zugangs- und Aufstiegs-kriterien ersetzen. Diese Tendenz wird übrigens auch gefördert durch die zunehmende Bedeutung der EMRK und die damit zusammenhängende faktische verfassungsgerichtliche Funktion des Bundesgerichts.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> Hansjörg Seiler, «Richterakademie: Auf dem Weg zu einer gezielten Ausbildung für eine anspruchsvolle Aufgabe», *Justice – Justiz – Giustizia* 2007/4, Rz. 36 f. Zum Ganzen ausführlich Luminati/Contarini, *Richterbild* (wie Anm. 21), S. 256 ff.

<sup>53</sup> Stephan Gass et al., Editorial, *Justice – Justiz – Giustizia* 2005/1, Rz. 2.

<sup>54</sup> <https://www.unilu.ch/weiterbildung/rf/cas-judikative-richterakademie/>.

<sup>55</sup> <https://www.svr-asm.ch/de/ethikkommission.htm>.

<sup>56</sup> Ständerat Andrea Caroni hat dies in der letzten parlamentarischen Debatte über die Einführung eines Verfassungsgerichts deutlich formuliert: «Die Schweiz hat eine Verfassungsgerichtsbarkeit. [...] Sie wird gegenüber [...] Bundesgesetzen angewandt – allerdings nur dort, wo uns das Völkerrecht dazu zwingt. Für einen souveränen Rechtsstaat ist es eine etwas seltsame Grundhaltung, zu sagen, dass wir die Verfassungsgerichtsbarkeit anwenden, aber nur dort, wo wir die Pistole des EGMR an der Brust haben» (AB 2022 S. 656 f.).

## 11. Wie soll es weitergehen?

Eine grundsätzliche Diskussion über die Richterwahlen wird immer dringender. Dabei wird man sich fragen müssen, ob eine vollständige Entpolitisierung, die mittlerweile von vielen Seiten gefordert wird, wünschenswert und auch umsetzbar ist. Im Dezember 2021 lehnte das Schweizer Volk ganz deutlich (mit fast 70% Nein-Stimmen) eine Volksinitiative ab (sog. Justiz-Initiative) die zwecks Entpolitisierung der Richterwahlen die Schaffung einer vom Parlament unabhängigen Justizkommission (die allerdings vom Bundesrat hätte ernannt werden sollen) vorschlug.<sup>57</sup> Nach einer rein fachlichen Überprüfung hätten Richterinnen und Richter durch das Los bestimmt werden sollen. Es ist fraglich, ob dadurch die gewünschte Entpolitisierung hätte erreicht werden können.

Angesichts der immer noch stark informell geprägten Modalitäten der Richterwahlen könnten bereits durch die Veränderung bestehender Praktiken wesentliche Resultate erzielt werden. So könnten die Zugangsmöglichkeiten flexibilisiert werden (keine weitere Standardisierung der Richterlaufbahn, hingegen Öffnung für unterschiedliche juristische Profile). Der Verzicht auf den faktischen Zwang zur Parteizugehörigkeit (und zur Ablieferung einer Mandatssteuer) würde, zusammen mit der Berücksichtigung anderer gesellschaftlicher Komponenten, einen zeitgemässen Pluralismus und die demokratische Repräsentativität des höchsten Gerichts besser gewährleisten.

Weitere Massnahmen bedingen hingegen gewisse Verfassungs- oder Gesetzesänderungen. Dazu gehören insbesondere die Öffnung der Zusammensetzung der GK für andere als nur parteipolitische und juristische Kompetenzen und der Verzicht auf die Wiederwahl durch Festlegung einer einzigen, längeren Amtsdauer (z.B. 12 Jahre).

Um die zunehmende Konfrontation zwischen den Professionalisierungs- und Autonomieforderungen der Richterschaft und dem Festhalten am Primat

der Politik zu überwinden, wäre auch die Schaffung eines – in vielen europäischen Ländern bereits seit vielen Jahren bestehenden – obersten Justizrats als unabhängige Wahl- und Aufsichtsbehörde denkbar. In gewissen Kantonen sind in beschränktem Mass solche Justizräte bereits eingeführt worden.<sup>58</sup> Auf Bundesebene könnten dessen Mitglieder durch Parlament, Bundesrat, Richterschaft und Advokatur bestimmt werden, so dass eine repräsentative Mischung aus politischen, richterlichen, juristischen und anderen fachlichen Kompetenzen entstehen würde. Die Richterwahlen würden direkt vom Justizrat vorgenommen werden, und zwar ohne den Zwang zur Parteizugehörigkeit und mit einer längeren, einmaligen Amtszeit.

Im eingangs erwähnten GRECO-Bericht wird positiv vermerkt, dass im Mai 2021 eine parlamentarische Initiative von der Rechtskommission des Ständerates eingereicht wurde, die der GK ermöglichen soll, «einen Fachbeirat zur Begleitung ihrer Auswahlverfahren einzusetzen und beizuziehen»<sup>59</sup>. Die Rechtskommission hat aber schliesslich einen Rückzieher gemacht und im November 2023 (mit Stichentscheid des Kommissionspräsidenten) die Arbeiten eingestellt, weil sie «bezweifelt, dass ein solcher Beirat zweckdienlich ist und als Antwort auf die Kritik – insbesondere der GRECO – genügen würde. In ihren Augen ist es Aufgabe der Gerichtskommission, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen.»<sup>60</sup>

Die schweizerische Politik bewegt sich nur sehr zögerlich und das Diktum von Peter Noll «Die Schweiz ist kein Rechtsstaat, sondern eine Demokratie»<sup>61</sup> scheint immer noch seine Gültigkeit zu behalten.

<sup>57</sup> <https://www.justiz-initiative.ch/startseite.html>. Zur Abstimmung vgl. <https://www.srf.ch/news/abstimmungen-28-november-2021/justiz-initiative/losverfahren-fuer-bundesrichter-justiz-initiative-scheitert-am-volks-und-staendemehr>.

<sup>58</sup> Für den Kanton Freiburg vgl. <https://www.fr.ch/de/gb/jr>. Für den Kanton Tessin vgl. <https://www4.ti.ch/poteri/giudiziario/consiglio-della-magistratura/consiglio-della-magistratura>.

<sup>59</sup> Wie Anm. 3, S. 5.

<sup>60</sup> <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-s-2023-11-08.aspx>.

<sup>61</sup> Zitiert in Heike Jung, Richterbilder: ein interkultureller Vergleich, Baden-Baden 2006, S. 27.

**Abb.1: Stimmenprozent über dem abs. Mehr bei Erstwahlen ins Bundesgericht, 1848 – 2019, nach Richterin/Richter**

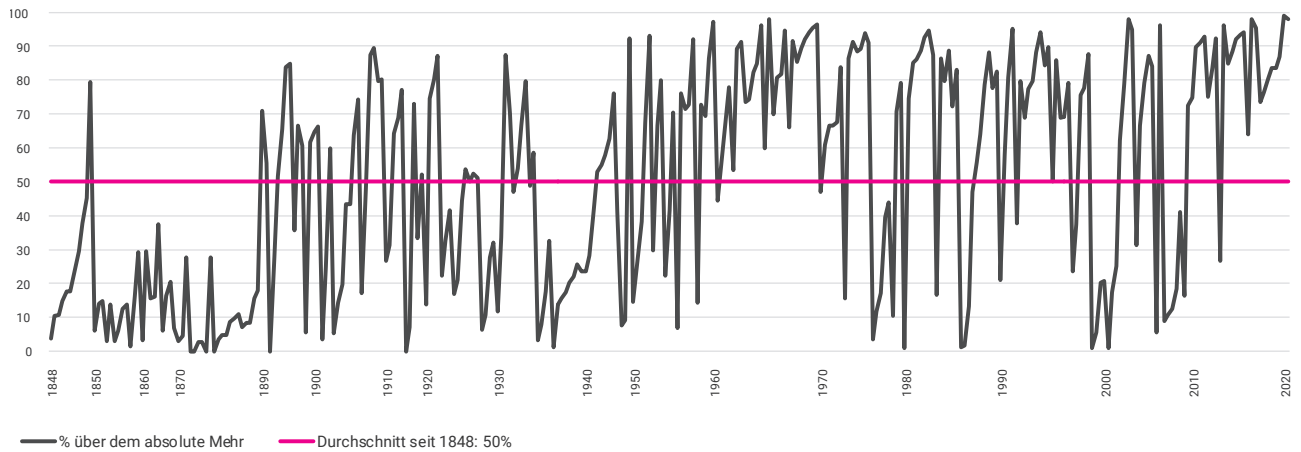


**Abb.2: Kampfwahlen bei Erstwahlen, 1848 – 2020**

(Zusammenfügung mehrere Wahlgänge + knappe Nichtwahlen grösser-gleich als -20%)

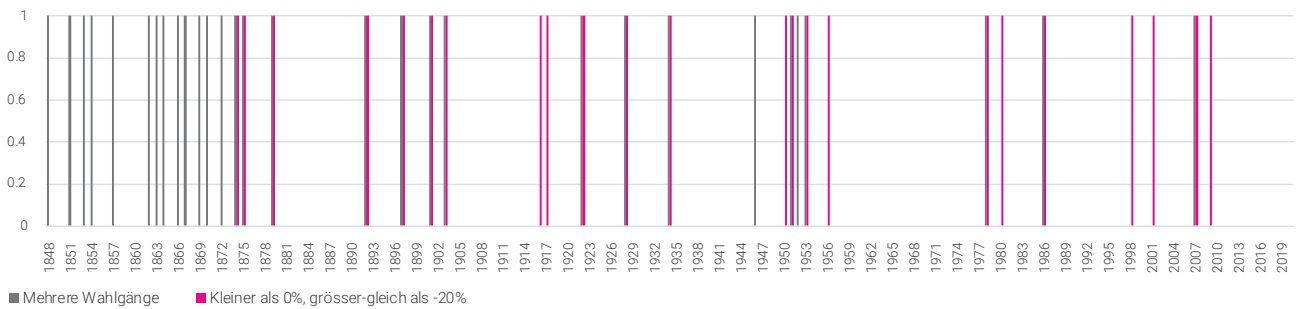


**Abb. 3: Denkkzettel: wiedergewählte Richterinnen und Richter (%) mit weniger-gleich 50%, bzw. 10% der Stimmen über dem abs. Mehr, 1851-2020**



Abb. 4: Erstwahlen mit weniger als 30 % der Stimmen über dem abs. Mehr, kombiniert mit Wiederwahlen mit weniger als 50 % (wenn mindestens ein Ereignis pro Jahr), 1848-2020

